



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,**

nachdem die Gerichte sich zunehmend mit den Problemen befassen müssen, die prekäre Beschäftigungsverhältnisse aufwerfen, haben wir in den beiden ausführlichen Entscheidungsbesprechungen zwei Entscheidungen aufgegriffen, die typische Fälle möglicherweise prekärer Beschäftigung behandeln: Leiharbeit und Befristungen. Während das Arbeitsgericht Leipzig den Umfang der Betriebsratsbeteiligung nach § 99 BetrVG bei Leiharbeit rigoros beschränkt, sendet der Europäische Gerichtshof positivere Signale in puncto Befristungskontrolle. Bei der Prüfung, ob ein Arbeitsvertrag wirksam befristet wurde, hat das Bundesarbeitsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung angenommen, diese Kontrolle beziehe sich nur auf den jeweils letzten Arbeitsvertrag. Diesem Grundsatz hat der Europäische Gerichtshof zumindest den Aspekt hinzugefügt, dass der Abschluss hintereinandergeschalteter befristeter Verträge auch missbräuchlich sein kann und dass dies anhand der Dauer und Anzahl der aufeinanderfolgenden Arbeitsverträge zu prüfen ist.

Ebenfalls eine Erscheinung der neueren Zeit behandelt unsere Rubrik Trends, in der es diesmal um die zahlreichen Facetten sozialer Netzwerke in Betrieben geht.

Dass auch weitere von uns aufgegriffene Themen wie Benchmark-Diskussionen und Compliance-Fragen Ihr Interesse wecken, hat Ihre zahlreiche Teilnahme an unserem Berliner Kanzleigespräch am 7. Juni 2012 gezeigt. Hierfür möchten wir uns bei allen Teilnehmern herzlich bedanken.

**Eure/Ihre**

**schwegler rechtsanwälte**



<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei nicht nur „vorübergehender“ Beschäftigung von Leiharbeitnehmern</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b>	<b>6</b>
	<i>Öffentliche Kritik durch Betriebsrat rechtfertigt keine Kündigung – Betriebliches Eingliederungsmanagement: Überwachungsrecht des Betriebsrats – Übernahme eines Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis: Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds – Mitbestimmung bei Versetzungen während eines Arbeitskampfes</i>	
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Vereinbarkeit von wiederholten Sachgrundbefristungen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG mit Unionsrecht (Kettenbefristungen)</i></b>	<b>9</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b>	<b>12</b>
	<i>AGB-Kontrolle bei Ausschlussfristen – Kündigung eines Arbeitnehmers mit HIV-Infektion – Kündigung wegen Ankündigung einer Krankmeldung nach Urlaubsablehnung – Entschädigung einer Bewerberin wegen nicht geschlechtsneutraler Stellenausschreibung zum „Geschäftsführer“ – Arbeitszeitkonto: Kürzung von Zeitguthaben – Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer</i>	
<b>Trends:</b>	<b><i>Social Media im Betrieb</i></b>	<b>16</b>
	<b>Veröffentlichungen</b>	<b>19</b>
	<b>Veranstaltungen</b>	<b>20</b>
	<b>Impressum</b>	<b>21</b>



## **Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei nicht nur "vorübergehender" Beschäftigung von Leiharbeitnehmern**

- ArbG Leipzig, Beschluss vom 15.02.2012 – 11 BV 79/11 -

1. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat im Zustimmungsverfahren nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht unterrichten über sachliche Gründe für seine Entscheidung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern.
2. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach die Überlassung von Leiharbeitnehmern vorübergehend erfolgt, stellt keine Verbotsnorm i.S.v. § 99 Abs. Nr. 1 BetrVG dar. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern nicht mit der Begründung verweigern, die Einstellung sei nicht "vorübergehend".
3. Die vorläufige Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern, zu deren Einstellung die fehlende Zustimmung des Betriebsrats durch das Gericht ersetzt wird, ist aus sachlichen Gründen dringend erforderlich.

### **Sachverhalt:**

Der Arbeitgeber ist ein Unternehmen der Automobilindustrie mit mehreren 10.000 Mitarbeitern an verschiedenen Standorten. Das Werk in Leipzig hat eine Stammebelegschaft von 2.800 Mitarbeitern. Zudem werden Leiharbeitnehmer in wechselnder Zahl beschäftigt. Im Jahr 2012 will der Arbeitgeber im Werk Leipzig 1.100 Leiharbeitnehmer einsetzen, davon 33 Produktionsmitarbeiter, die ausnahmslos bereits im Jahr 2011 als Leiharbeiter im Werk Leipzig beschäftigt waren.

Für diese 33 Mitarbeiter verweigerte der Betriebsrat nach § 99 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zu der Einstellung. Er begründete dieses damit, dass, weil der Einsatz im Entleiherbetrieb bereits zwei Jahre überstieg, ihre Beschäftigung nicht mehr nur „vorübergehend“ sei und damit gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verstoße. Zudem nehme der überdimensionierte Einsatz von Leiharbeitnehmern dem Betriebsrat Zeitanteile für die Betreuung der Stammebelegschaft und die betroffenen Leiharbeitnehmer würden benachteiligt, da sie nicht an den bestehenden Betriebsvereinbarungen partizipieren.

Der Arbeitgeber beantragte die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung sowie die Feststellung, dass eine vorläufige Einstellung erforderlich sei.



## **Die Entscheidung des ArbG Leipzig:**

Das Arbeitsgericht Leipzig gab den Anträgen des Arbeitgebers statt. Das ArbG Leipzig ließ dabei offen, ob und wann ein Einsatz vorübergehend im Sinne der Vorschrift ist. Es ersetzte die Zustimmung des Betriebsrats, weil seiner Ansicht nach schon kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei einem nicht vorübergehenden Einsatz vorliegt.

Nach Auffassung des Arbeitsgerichts gehe § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zwar in der Neufassung von 2011 von einer "vorübergehenden" Überlassung aus, enthalte jedoch keine Verbotsnorm, wegen deren Verletzung der Betriebsrat der Einstellung widersprechen könnte. Dem AÜG sei keine Grenze einer zulässigen Überlassungsdauer zu entnehmen und auch die EG-Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104 EG vom 19. November 2008) enthalte kein Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung. Die hier geplante Verlängerung der Überlassungsdauer um ein Jahr sah das Arbeitsgericht als unbedenklich an.

Im Übrigen sei ein Zustimmungsverweigerungsgrund lediglich dann gegeben, wenn der Zweck der Norm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt. Hier sei jedoch bei längerfristiger Überlassung auch eine gesetzliche Regelung dahingehend denkbar, dass die dauerhaft nur einem Entleiher überlassenen Arbeitnehmer bei allen wesentlichen, vor allem werthaltigen Bedingungen wie Bruttostundenlohn, Weihnachts- und Urlaubsgeld etc. der Stammbesellschaft gleichzustellen sind.

Auch die weiteren Argumente wies das Arbeitsgericht zurück. Der Betriebsrat habe nicht ausreichend dargelegt, inwiefern es ihm durch Bemühungen um die 33 bereits eingearbeiteten Leiharbeiter erheblich erschwert werde, sich um die Stammbesellschaft zu kümmern. Ebenso fehle es an einem substantiierten Vortrag des Betriebsrats zu gefährdeten Rechtspositionen und/oder gegenwärtigen beruflichen Stellungen der Stammbesellschaft, verursacht durch Leiharbeit bedingten Mehraufwand in der Betriebsratsarbeit. Zu den pauschal behaupteten Störungen in den Arbeitsabläufen des Presswerkes könne es überdies schon deshalb nicht kommen, weil die 33 betroffenen Leiharbeiter unstreitig mit den Arbeitsabläufen vertraut seien. Dem Verweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG stehe entgegen, dass es sich bei der Verlängerung des befristeten Einsatzes eines Leiharbeitnehmers um eine Einstellung i.S.v. § 99 BetrVG handle und eine Einstellung für die Betroffenen nicht zu sonstigen Nachteilen führen kann, selbst wenn die Einstellung mit Verlusten in Rechtspositionen verbunden wäre.



## **Bedeutung für die Praxis:**

Nach der bisherigen Rechtslage war es für den Entleiher möglich, dauerhaft Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Allerdings hat sich die Rechtslage seit dem 01.12.2011 geändert. Denn in Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG) wurde durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 24.03.2011 (BGBl I, 642) in § 1 Abs. 1 AÜG der neue Satz 2 eingefügt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgt.

Gegen die vorliegende Entscheidung hat der Betriebsrat Rechtsmittel eingelegt. Ob der Betriebsrat zukünftig den dauerhaften oder längerfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern über sein Zustimmungsverweigerungsrecht aus § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verhindern kann, hängt von zwei Voraussetzungen ab:

1. Ist das Merkmal „vorübergehend“ eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung?
2. Stellt die „nicht vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung einen Gesetzesverstoß i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar?

Solange hierzu keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, ist die Zustimmungsverweigerung ein wichtiges Mittel, die Leiharbeit zu ihrer ursprünglichen Funktion, dem Abfangen von kurzfristigen Auftrags- oder Produktionsspitzen, zurückzuführen. Sollte das BAG der vom Betriebsrat vertretenen Position folgen, wäre diesem ein wirkungsvolles Kontrollinstrument an die Hand gegeben. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.



**Peter Gerhardt, Frankfurt**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Öffentliche Kritik durch Betriebsrat rechtfertigt keine außerordentliche Kündigung**

- LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08. Juli 2011 – 6 Sa 713/10 -

Im Herbst 2008 gab die Arbeitnehmerin in ihrer Funktion als Betriebsratsvorsitzende ein Fernsehinterview, in welchem sie u. a. angab, dass bei der Beklagten die Arbeitspausen nicht eingehalten würden, diese Pausen jedoch gleichwohl abgezogen, d. h. nicht bezahlt würden, was den Tatsachen entsprach. Dieses Interview wurde im März 2010 ausgestrahlt. Die Arbeitgeberin sah darin einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht und kündigte das Arbeitsverhältnis im April 2010 außerordentlich fristlos nach Zustimmung des Betriebsrats.

Das LAG hat entschieden, dass die fristlose Kündigung unwirksam ist. Ein Betriebsrat kann im Rahmen seiner Zuständigkeit selbst darüber entscheiden, wann und in welchem Umfang eine öffentliche Stellungnahme angebracht ist. Insoweit kann auch er sich auf das Recht der freien Meinungsäußerung berufen. Der Arbeitgeber muss öffentliche Kritik an seiner Betriebsführung hinnehmen. Die Grenze ist erst erreicht, wenn konkrete Gefahren für Betriebsabläufe oder für die Außenwirkung des Unternehmens drohen. Aber auch dann müssen die Reaktionen oder Sanktionen des Arbeitgebers dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

## **Betriebliches Eingliederungsmanagement - Überwachungsrecht des Betriebsrats**

- BAG, Beschluss vom 07. Februar 2012 – 1 ABR 46/10 -

Im Betrieb des Arbeitgebers besteht eine Betriebsvereinbarung über die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM). Nach dieser erhält der Betriebsrat quartalsweise ein Verzeichnis der Mitarbeiter, die im Jahreszeitraum mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig waren. Der Arbeitgeber möchte die Namen dieser Arbeitnehmer nur mit deren Einverständnis offen legen.

Das BAG hat dem Antrag des Betriebsrats entsprochen, mit dem dieser die Angabe sämtlicher Arbeitnehmer verlangt hat, die für die Durchführung eines bEM in Betracht kommen. Für die Ausübung seines gesetzlichen Überwachungsrechts im Rahmen des bEM muss der Betriebsrat den betroffenen Personenkreis kennen; einer namentlichen Benennung stehen weder datenschutzrechtliche Gründe noch das Unionsrecht entgegen.



## **Übernahme eines Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis - Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds**

- LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04. November 2011 – 13 Sa 1549/11 -

Der Arbeitnehmer war auf Grundlage eines ohne Sachgrund befristeten Arbeitsvertrages tätig (§ 14 Abs. 2 TzBfG) und wurde etwa nach der Hälfte der Vertragslaufzeit Betriebsratsvorsitzender. Einige Betriebsratsmitglieder, die ebenfalls befristete Arbeitsverhältnisse hatten, wurden nach dem Ablauf der Befristung unbefristet weiterbeschäftigt. Andererseits sind andere Mitarbeiter – ohne Betriebsratsmitglied zu sein – ebenfalls nicht übernommen worden. Auch der Kläger wurde nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen. Er meinte, dass er durch die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsvertrages entgegen § 78 S. 2 BetrVG wegen seiner Tätigkeit im Betriebsrat benachteiligt worden sei und klagte auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Die Klage hatte keinen Erfolg, da der Kläger nicht nachweisen konnte, dass er gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit nicht übernommen worden war.

Das LAG stellte aber fest, dass grundsätzlich ein Anspruch eines Betriebsratsmitgliedes auf Abgabe einer Willenserklärung seitens des Arbeitgebers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages gegeben sein kann, wenn der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstößt. Voraussetzung für einen Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG ist jedoch, dass das Betriebsratsmitglied gerade wegen der Betriebsratstätigkeit nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen wird. Die Darlegungs- und Beweislast für eine derartige Benachteiligung wegen der Betriebsratsarbeit trägt der Arbeitnehmer. Eine Nichtübernahme eines Betriebsrats ohne diese kausale Verknüpfung ist zulässig, ansonsten wäre die Übernahme eines Betriebsratsmitglieds, nur weil es diese Funktion ausübt, eine verbotene Begünstigung des Betriebsratsmitglieds. Das LAG stellt sich damit gegen die Rechtsprechung des Arbeitsgerichts München (08.10.2010, 24 Ca 861/10). Dieses war ohne weitere Prüfung des § 78 Satz 2 BetrVG davon ausgegangen, § 14 Abs. 2 TzBfG sei europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass die sachgrundlose Befristung von Betriebsratsmitgliedern immer unwirksam sei.



## **Mitbestimmung bei Versetzungen während eines Arbeitskampfes**

- BAG, Beschluss vom 13. Dezember 2011 – 1 ABR 2/10 -

Die Versetzung arbeitswilliger Arbeitnehmer aus einem nicht bestreikten Betrieb in einen von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb desselben Arbeitgebers, die der Begrenzung von Streikfolgen dient, bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats des abgebenden Betriebs nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Dessen Mitbestimmungsrecht entfällt bei einem solchen Einsatz von Streikbrechern, weil ansonsten die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers ernsthaft beeinträchtigt würde.

◀ *zur Inhaltsübersicht*





## **Vereinbarkeit von wiederholten Sachgrundbefristungen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 mit Unionsrecht (Kettenbefristungen)**

- EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-586/10 -

### **Orientierungssätze**

1. Die nationalen Gerichte sind in der Verantwortung, Kriterien zu entwickeln, wann ein Missbrauch von befristeten Arbeitsverträgen vorliegt.
2. Für die Beurteilung, ob ein missbräuchliches Verwenden von befristeten Arbeitsverträgen vorliegt, sind das Vorliegen, die Dauer und die Anzahl der aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge, die mit demselben Arbeitgeber bislang geschlossen wurden, mit zu berücksichtigen.

### **Inhalt und Einordnung der Entscheidung:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines befristeten Vertrages auf der Grundlage des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Darin ist geregelt, dass ein sachlicher Grund für eine Befristung insbesondere dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird.

Die Klägerin war beim Land NRW als Justizangestellte befristet beschäftigt. Grundlage für die Befristungen war stets der Bedarf an vorübergehenden Vertretungen, so z.B. im Zusammenhang mit Elternzeit und Urlaub. Insgesamt wurde die Klägerin in der Zeit von 1996 bis 2007 auf der Grundlage von 13 befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt.

Die Klägerin verlangte im Januar 2008 die Entfristung ihres Arbeitsverhältnisses vor dem Arbeitsgericht Köln. Die Klage wurde abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung wurde vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Daraufhin legte die Klägerin Revision zum Bundesarbeitsgericht ein.

Das Bundesarbeitsgericht vertrat bisher die Ansicht, dass auch bei mehreren aneinander gereihten befristeten Arbeitsverhältnissen immer nur der letzte Arbeitsvertrag der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, und dass auch eine große Anzahl vorangegangener befristeter Arbeitsverträge nicht dazu führe, dass an die letzte zu prüfende Befristung besondere Anforderungen gestellt werden müssten (BAG, Urteil vom 25.03.2009 – 7 AZR 34/08).

Das Bundesarbeitsgericht hat im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens den Rechtsstreit dem EuGH vorgelegt, um überprüfen zu lassen, ob ein Verstoß



gegen die Rahmenvereinbarung über befristete Verträge basierend auf der Richtlinie 1999/70 vorliege. In Paragraph 5 Nr. 1 Buchst. a.) der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge ist geregelt:

„1. Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten nach der gesetzlichen oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner und/oder die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen:

a.) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen.“

Konkret wollte das Bundesarbeitsgericht die Frage klären lassen, ob das Unionsrecht den Abschluss befristeter Arbeitsverträge ausschließt, wenn ein ständiger Vertretungsbedarf besteht und dieser Vertretungsbedarf auch gedeckt werden könnte, wenn man den betreffenden Arbeitnehmer unbefristet einstellt und ihm die jeweilige Vertretung eines der regelmäßig ausfallenden Arbeitnehmer übertragen könnte.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung festgehalten, dass Ziel des Paragraphen 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge ist, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge, insoweit er als Quelle potentiellen Missbrauchs zu Lasten von Arbeitnehmern angesehen werden kann, einzugrenzen.

Der EuGH betonte, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis nach wie vor die übliche Form der Beschäftigung ist, und eine Befristung zur „Prekarisierung der Lage der Beschäftigten“ führe.

Die vorübergehende Vertretung eines anderen Arbeitnehmers stellt grundsätzlich einen sachlichen Grund i. S. d. Rahmenvereinbarung dar. So ist auch bei großen Arbeitgebern mit vielen Arbeitnehmern, wie hier dem Land NRW, die Befristung wegen häufig vorübergehender Vertretungen von Arbeitnehmern in Elternzeit oder Urlaub ein sachlicher Grund. Die Befristung darf allerdings nicht missbräuchlich sein.

Allerdings kann allein aus dem Umstand, dass ein Bedarf an Vertretungskräften durch den Abschluss unbefristeter Verträge gedeckt werden kann, nicht folgen, dass ein Arbeitgeber, der beschließt auf befristete Verträge zurückzugreifen, um



auf einen vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften, auch wenn dieser wiederholt oder dauerhaft ist, zu reagieren, missbräuchlich handelt.

Eine konkrete Bestimmung, wann ein Missbrauch anzunehmen sei, lieferte der EuGH in seinem Urteil nicht mit. Vielmehr, so der EuGH, müssen die nationalen Gerichte „*objektive und transparente* Kriterien für die Prüfung herausarbeiten, ob die Verlängerung derartiger befristeter Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht, und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist“.

Bei der Prüfung ist prozessual nach wie vor auf den letzten befristeten Arbeitsvertrag abzustellen. Nur dieser ist Streitgegenstand und wird der gerichtlichen Kontrolle unterzogen.

Aber – und darin liegt der Kern dieser Entscheidung – **für die Beurteilung, ob ein missbräuchliches Verwenden von befristeten Arbeitsverträgen vorliegt, können sich das „Vorliegen, die Zahl und die Dauer der aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge, die mit demselben Arbeitgeber geschlossen wurden, als relevant erweisen“.**

Das Bundesarbeitsgericht muss nun im vorliegenden Fall selbst entscheiden, ob die Befristung der Justizangestellten missbräuchlich und damit unwirksam war.

## **Bedeutung für die Praxis:**

Das Bundesarbeitsgericht wird sich in Zukunft damit beschäftigen müssen, wie eine Missbrauchskontrolle stattfinden kann.

Dabei wird es seine Rechtsprechung dahingehend anpassen müssen, dass auch die Anzahl und die Dauer vorangegangener Befristungen mitberücksichtigt werden müssen. Das Augenmerk allein auf einen Vertretungsbedarf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und einer Beurteilung für die Zukunft zu richten, darauf wird sich das Bundesarbeitsgericht nicht mehr beschränken können.



**Simone Rohs, Düsseldorf/Köln**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **AGB-Kontrolle bei Ausschlussfristen**

- LAG Köln, Urteil vom 16. Dezember 2011 – 4 Sa 952/11 -

Das LAG Köln betont unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG, dass Ausschlussklauseln in einem vom Arbeitgeber gestellten vorformulierten Arbeitsvertrag zu Gunsten des Arbeitnehmers einer AGB-Kontrolle zu unterziehen seien. Eine in einer Ausschlussklausel vorgesehene Frist von weniger als drei Monaten je Stufe stelle in aller Regel eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar mit der Folge der Unwirksamkeit der Ausschlussklausel zu Gunsten des Arbeitnehmers. Eine AGB-Kontrolle zu Gunsten des Verwenders dürfe hingegen nicht erfolgen.

Diese Rechtsprechung hat im konkreten Fall zur Folge, dass eine beiderseitige Ausschlussklausel mit unangemessen kurz bemessener Frist von lediglich zwei Monaten auf der einen Seite zu Gunsten des Arbeitnehmers unwirksam ist, auf der anderen Seite aber zu Lasten des Arbeitgebers wirksam bleibt.

Vor diesem Hintergrund kann der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber seine rückständigen Gehaltsansprüche trotz Ablaufs der in der Ausschlussklausel festgelegten Frist von zwei Monaten weiterhin erfolgreich geltend machen, während der Arbeitgeber seinerseits nicht mehr mit aufgrund der Ausschlussklausel bereits verfallenen Schadensersatzansprüchen aufrechnen kann.

## **Kündigung eines Arbeitnehmers mit HIV-Infektion**

- LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13. Januar 2012 – 6 Sa 2159/11 -

Nach der Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg verstößt die Kündigung eines HIV-infizierten Arbeitnehmers in der Probezeit, der als Chemisch-Technischer Assistent für Tätigkeiten im Reinraumbereich eines pharmazeutischen Unternehmens eingestellt worden war, nicht gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung nach § 7 I AGG. Ungeachtet dessen stellen die Sicherheitsstandards des Arbeitgebers zur Vermeidung von Infektionen nach Auffassung des LAG jedenfalls berufliche Anforderungen i.S. des § 8 I AGG dar, die eine unterschiedliche Behandlung wegen einer HIV-Infektion gestatten.

Im Ergebnis ist die Kündigung des Arbeitnehmers auch nicht aus allgemeinen Erwägungen unwirksam wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB oder wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB. Der Arbeitgeber hat nicht deshalb gegenüber dem Arbeitnehmer die Kündigung ausgesprochen, weil er die vom Arbeitnehmer erörterten verbreiteten Vorbehalte gegen HIV-positive



Personen teilt, sondern weil er sich aus Sicherheitsgründen an einer Beschäftigung des Arbeitnehmers im Reinraumbereich gehindert sah und keine andere Möglichkeit seiner Beschäftigung bestand.

Mangels Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot besteht ferner kein Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 15 II AGG.

### **Kündigung wegen Ankündigung einer Krankmeldung nach Urlaubsablehnung**

- LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 13. Dezember 2011 – 5 Sa 63/11 -

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung durch den Arbeitgeber. Im Anschluss an die Ablehnung eines konkreten Urlaubsgesuchs der Klägerin unter Verweis des Arbeitgebers auf den hohen Arbeitsanfall zu diesem Zeitpunkt in Verbindung mit dem Angebot, einen gleich langen Urlaub einen Monat später anzutreten, erwiderte die Klägerin: „Nö, dann bin ich eben krank.“ Wie angekündigt erschien die Klägerin nicht zur Arbeit und reichte stattdessen beim Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein, der die Klägerin daraufhin fristlos, hilfsweise ordentlich, kündigte.

Nach der Rechtsprechung des LAG ist bereits die Ankündigung einer zukünftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung durch den Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitgeber einem unberechtigten Verlangen auf Gewährung von Urlaub nicht entsprechen sollte, ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben. Die Pflichtwidrigkeit der Ankündigung einer Krankschreibung bei objektiv nicht bestehender Erkrankung im Zeitpunkt der Ankündigung liegt in erster Linie darin, dass der Arbeitnehmer mit einer solchen Erklärung zum Ausdruck bringt, er sei notfalls bereit, seine Rechte aus dem Entgeltfortzahlungsrecht zu missbrauchen, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen.

### **Entschädigung einer Bewerberin wegen nicht geschlechtsneutraler Stellenausschreibung zum „Geschäftsführer“**

- OLG Karlsruhe, Urteil vom 13. September 2011 – 17 U 99/10 -

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist der ohne weitere Zusätze verwendete Begriff „Geschäftsführer“ keine geschlechtsneutrale, sondern eine männliche Berufsbezeichnung. Demnach verletzt eine Stellenausschreibung unter der Überschrift „Geschäftsführer“ jedenfalls dann das Gebot zur geschlechtsneutralen



Stellenausschreibung nach §§ 7 I, 11 AGG, wenn nicht im weiteren Text der Ausschreibung auch weibliche Bewerber angesprochen werden.

Die nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung stellt ein Indiz dar, welches eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt und zur Beweislastumkehr nach § 22 AGG führt. Davon ausgehend muss der Arbeitgeber der Rechtsprechung des OLG zufolge dann nachweisen, dass in dem „Motivbündel“, das die Auswahlentscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht überhaupt keine Rolle gespielt hat. Dabei ist dieser Nachweis nicht schon dadurch geführt, dass eine andere Bewerberin zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde.

Zu beachten ist, dass der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG in dem Fall ausgeschlossen ist, in dem die Bewerbung rechtsmissbräuchlich erfolgte, etwa weil der Bewerber / die Bewerberin sich subjektiv nicht ernsthaft um die Stelle beworben hat oder objektiv für diese gar nicht in Betracht kam. Hierfür trägt der Arbeitgeber die Beweislast.

### **Arbeitszeitkonto – Kürzung von Zeitguthaben**

- BAG, Urteil vom 21. März 2012 – 5 AZR 676/11 – Pressemitteilung Nr. 25/12 -

Das auf einem Arbeitszeitkonto ausgewiesene Zeitguthaben des Arbeitnehmers darf der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG nur mit Minusstunden verrechnen, wenn ihm die der Führung des Arbeitszeitkontos zugrunde liegende Vereinbarung (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) die Möglichkeit dazu eröffnet.

Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt ist die Klägerin bei der Beklagten als Briefzustellerin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für das Unternehmen der Beklagten geltenden Tarifverträge Anwendung. Diese sehen vor, dass die Arbeitnehmer innerhalb der Arbeitszeit Erholungszeiten erhalten, die in den Dienstplänen zu bezahlten Kurzpausen zusammengefasst sind. Außerhalb der dienstplanmäßigen Arbeitszeit geleistete Überstunden und deren Ausgleich durch Freizeit werden auf einem Arbeitszeitkonto festgehalten. Am 1. April 2008 trat ein neuer Tarifvertrag in Kraft, welcher die Erholungszeiten kürzte. Diese Kürzung konnte erst zum 1. Juli 2008 in neuen Dienstplänen umgesetzt werden. Die Beklagte strich deshalb ein Zeitguthaben von 7,20 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto der Klägerin mit der Begründung, die Klägerin habe im Zeitraum vom 1. April bis zum 30. Juni 2008 die geschuldete Arbeitszeit nicht vollständig erbracht. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Gutschrift der gestrichenen Stunden.



Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat ihr stattgegeben. Das BAG hat die Revision der Beklagten mit der Begründung zurückgewiesen, dass weder Tarifvertrag noch Betriebsvereinbarung es erlauben, das Arbeitszeitkonto mit Minusstunden zu belasten, die sich aus der Nichtausschöpfung der tarifvertraglichen Wochenarbeitszeit in den Dienstplänen ergeben.

## **Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer**

- BAG, Urteil vom 20. März 2012 – 9 AZR 529/10 – Pressemitteilung Nr. 22/12 -

§ 26 I 2 TVöD knüpft die Dauer des Erholungsurlaubs an das Lebensalter des Arbeitnehmers (Urlaubsanspruch bis zum vollendeten 30. Lebensjahr 26 Arbeitstage, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr 29 Arbeitstage, nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage). Nach § 7 I, II AGG i.V.m. § 1 AGG dürfen Beschäftigte u.a. nicht wegen ihres Alters benachteiligt werden, wobei eine unmittelbare Benachteiligung vorliegt, wenn eine Person wegen ihres Alters eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt.

Die beim beklagten Landkreis beschäftigte Klägerin wollte festgestellt wissen, dass ihr in den Jahren 2008 und 2009 und damit schon vor der Vollendung ihres 40. Lebensjahres über den tariflich vorgesehenen Urlaub von 29 Arbeitstagen hinaus jeweils ein weiterer Urlaubstag zugestanden hat, weil die altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer in § 26 I 2 TVöD gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters verstoße.

Das ArbG hat ihrer Klage stattgegeben, das LAG hat das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg vor dem BAG. Der Klägerin steht für die Jahre 2008 und 2009 jeweils ein weiterer Urlaubstag zu. Die Differenzierung der Urlaubsdauer nach dem Lebensalter in § 26 I 2 TVöD benachteiligt Beschäftigte, die das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unmittelbar und verstößt gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Die tarifliche Urlaubsstaffelung verfolgt nicht das legitime Ziel, einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Menschen Rechnung zu tragen. Der Verstoß der normierten altersabhängigen Staffelung der Urlaubsdauer gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters kann nur beseitigt werden, indem die Dauer des Urlaubs der diskriminierten Beschäftigten „nach oben“ angepasst wird, so dass auch ihr Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr 30 Arbeitstage beträgt.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Social Media im Betrieb**

Social Media bekommen immer stärkere Bedeutung auch für arbeitsrechtliche Zusammenhänge.

Social Media ist die Bezeichnung für sämtliche Möglichkeiten, über verschiedene Plattformen im Internet mit anderen zu kommunizieren, Informationen auszutauschen, Inhalte einzustellen und Kontakte zu knüpfen. Soziale Netzwerke im Internet – wie das wohl bekannteste Netzwerk Facebook – erfreuen sich einer wachsenden Anzahl an Nutzern. So weist Facebook derzeit geschätzt ca. 900 Millionen registrierte Konten auf.

Internetnutzer beschränken sich nicht mehr auf den Konsum von Inhalten, sie sind mittlerweile selbst zu aktiven Gestaltern im „Netz“ geworden. Tagtäglich kommen unzählige neue Videos, Bilder, Texte, Tweets und sonstige Inhalte ins Internet.

Wurde das Internet vormals mehr privat genutzt, geht heute der Trend dahin, das Internet mit all seinen Möglichkeiten auch dienstlich und/oder am Arbeitsplatz privat zu nutzen. Auch gehen viele Unternehmen offensiv mit Social Media um und wollen sie im Interesse des Unternehmens als Werkzeug anwenden.

Folgende Fallgruppen sind derzeit grob zu erkennen:

- Der Arbeitgeber verwendet Social Media zur Außendarstellung und die Arbeitnehmer, die mit der Außendarstellung befasst sind, müssen sich im Internet entsprechend betätigen.
- Der Arbeitgeber fordert Arbeitnehmer aktiv auf, an Social Media teilzunehmen, und räumt insoweit auch die Nutzung des Internets vom Arbeitsplatz aus ein.
- Der Arbeitgeber erlaubt oder duldet die private Nutzung des Internets vom Arbeitsplatz aus.
- Der Arbeitgeber nutzt Social Media, um Bewerber zu rekrutieren.
- Die Arbeitnehmer nehmen an Social Media teil und äußern sich in diesem Rahmen über ihren Arbeitgeber, ihre Arbeit und ihre Kollegen.





In der Regel findet man in einem Betrieb eine Mischung aus diesen Fallgruppen vor.

In Zusammenhang mit der Nutzung des Internets durch Arbeitnehmer treten neben den überall beworbenen Vorteilen von Social Media natürlich auch Risiken und Gefahren für Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein.

Der unbedachte Arbeitnehmer, der sich frei von der Leber weg über seinen Arbeitgeber oder seine Kollegen äußert, läuft Gefahr, dafür arbeitsrechtlichen Konsequenzen in Form von Abmahnung und Kündigung ausgesetzt zu werden. Der unbedachte Arbeitnehmer, der sich aus Sicht des Arbeitgebers die „falschen“ Internetseiten ansieht oder an den „falschen“ Sozialen Netzwerken teilnimmt, läuft ebenfalls Gefahr, negative Maßnahmen durch den Arbeitgeber zu erleiden. Der unbedachte Arbeitnehmer verletzt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers durch Teilnahme an Sozialen Netzwerken, womit sowohl der Arbeitgeber einen Schaden erleiden kann, als auch der Arbeitnehmer mit negativen Maßnahmen durch den Arbeitgeber rechnen muss.

Durch intensive Nutzung des Internets bestehen für die EDV der Betriebe auch höhere Sicherheitsrisiken. Schadsoftware kann eingebracht werden.

Arbeitgeber versuchen sich an dieser Stelle mit häufig von Drittfirmen erstellten Social Media-Richtlinien abzusichern oder diese Risiken auszuschließen, indem sie die Privatnutzung zu verbieten versuchen.

An dieser Stelle wird seitens der Arbeitgeber häufig übersehen, dass es sich bei der Privatnutzung des Internets am Arbeitsplatz in der Regel um eine Frage des Ordnungsverhaltens der Arbeitnehmer im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG handelt. Mithin der Arbeitgeber eine erlaubte bzw. zumindest geduldete private Nutzung des Internets vom Arbeitsplatz aus nicht ohne Zustimmung des Betriebsrates den Arbeitnehmern verbieten oder sie inhaltlich beschränken kann.

Des Weiteren wird von Arbeitgeber häufig übersehen, dass es sich beim „Internet“ um eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG handelt, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt der Arbeitgeber nur mit Zustimmung des Betriebsrates tätig werden kann. Insbesondere gilt dies natürlich für die Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf die Betätigungen der Arbeitnehmer im Internet wie z.B. die Kontrolle der Proxy-Server.



Insoweit müssen nun die Betriebsräte in ihrem Betrieb prüfen, ob Regelungen in Form von Betriebsvereinbarungen und Verhaltensrichtlinien in Sachen Social Media mit dem Arbeitgeber zu verhandeln sind, wobei in manchen Betrieben sicherlich der Arbeitgeber die Flucht nach vorn antreten und den Betriebsrat zu entsprechenden Verhandlungen auffordern wird.

Zu achten ist in einer entsprechenden Betriebsvereinbarung Internetnutzung/Social Media darauf, dass den Arbeitnehmern in angemessenem Rahmen erlaubt wird, das Internet privat zu nutzen, wobei der angemessene Rahmen jeweils betriebsbezogen auch unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange festzulegen ist. Wichtig ist dabei natürlich, den Arbeitnehmern Hilfestellung zu geben, z. B. in Form von Social Media-Richtlinien. Diese sollten als Anlage der entsprechenden Betriebsvereinbarung nur als unverbindliche Empfehlung gestaltet werden. Ansonsten hätte man im Falle eines „Verstoßes“ möglicherweise keine Hilfestellung für die Arbeitnehmer geschaffen, sondern nur eine weitere Quelle für negative Maßnahmen des Arbeitgebers.

In der Betriebsvereinbarung sollte darüber hinaus klar geregelt werden, dass Leistungs- und Verhaltenskontrollen der Arbeitnehmer in Bezug auf die Nutzung des Internets grundsätzlich ausgeschlossen sind und insoweit gewonnene Daten bei Vornahme von negativen personellen Maßnahmen zur Unwirksamkeit selbiger führen.

Im Ergebnis muss man festhalten, dass auf Grund der rasanten Entwicklung in Sachen Social Media und der immer stärkeren Teilnahme an entsprechenden Plattformen durch Arbeitnehmer und Unternehmen viele Betriebsräte schon bald an dem Thema Social Media nicht mehr vorbeikommen werden.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Dr. Michael Bachner**

Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, Mitautoren: Dr. Roland Köstler, Dr. Volker Matthießen, Wolfgang Trittin, Nomos-Verlag, 4. Auflage 2012

Neu im Aufsichtsrat – Tipps und Hinweise für Arbeitnehmervertreter und Betriebsräte, Bund-Verlag, Reihe: Aktiv in der Interessenvertretung, 1. Auflage 2012

## **Dr. Lars Weinbrenner**

BAG: Überleitung vom BAT-O zum TV-L – Vergleichsentgelt, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2012, 138

Ab- und Rückmeldepflichten von Betriebsratsmitgliedern, BAG, Beschluss vom 29.06.2011 – 7 ABR 135/09, Arbeitsrecht im Betrieb 2012, 261-263

## **Dr. Sascha Lerch/Dr. Lars Weinbrenner**

Aktive Gestaltung der Betriebsverfassung, Arbeitsrecht im Betrieb 2012, 243-247



## **Konferenz für Betriebs- und Personalräte zum betrieblichen Datenschutz**

Am

**11. und 12.09.2012**

findet in Magdeburg eine Konferenz zum betrieblichen Datenschutz statt.

Referenten sind u. a. **Frau Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin,  
schwegler rechtsanwälte Berlin**

sowie **Prof. Franz Josef Düwell,  
Wissenschaftlicher Berater  
schwegler rechtsanwälte.**

Die Konferenz wird moderiert von

**Rechtsanwalt Dr. Manfred Bobke-von Camen,  
schwegler rechtsanwälte Köln.**

**Peter Schaar,  
Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,**

wird den Kommissionsentwurf der EU vorstellen und erläutern.

Weitere Informationen über

ver.di Bildung + Beratung, Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf  
oder unter [www.verdi-bub.de](http://www.verdi-bub.de).



**V.i.S.d.P.:**

RA Lorenz Schwegler  
Königsallee 60 G  
40212 Düsseldorf  
schwegler@schwegler-rae.de

**Kontakt:**

**Düsseldorf**

Königsallee 60 G  
D-40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211/300 43-0  
Fax: 0211/300 43-499  
duesseldorf@schwegler-rae.de

**Berlin**

Unter den Linden 12  
D-10117 Berlin  
Tel.: 030/440137-0  
Fax: 030/440137-12  
berlin@schwegler-rae.de

**Frankfurt**

Schillerstraße 28  
D-60313 Frankfurt  
Tel.: 069/216599-0  
Fax: 069/216599-18  
frankfurt@schwegler-rae.de

**Köln**

Riehler Straße 36  
D-50668 Köln  
Tel.: 0221/35557-0  
Fax: 0221/35557-99  
koeln@schwegler-rae.de

**Wissenschaftliche Berater:**

Lorenz Schwegler  
Felix Laumen  
Yvonne Reinartz (geb. Goebel)  
Michael Schoden  
Dr. Johannes Vöcking  
Prof. Dr. Heinz Klinkhammer

Gunter Rose  
Michael Merzhäuser  
Ralf Trümner  
Heike Merzhäuser  
Dr. Sascha Lerch  
Sebastian Kolb

Dr. Michael Bachner  
Peter Gerhardt  
Ariane Mandalka

Dieter Lenz  
Dr. Manfred Bobke-von Camen  
Dr. Herbert Grimberg  
Werner Lohre

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Bernhard Nagel  
Prof. Dr. Franz-Josef Düwell

Dr. Nadine Zeibig  
Dr. Michael Schwegler  
Simone Rohs  
Dr. Alexander Metz LL.M.  
Özer Arslan

Dr. Enrico Meier, M. A.  
Karsten Sparchholz  
Dr. Lars Weinbrenner  
Sabrina Staack  
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

## Hinweis und Haftungsausschluss

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.